

L'APPLICATION DU NOUVEAU DROIT HUMANITAIRE

par Shigeki Miyazaki

I. Fondements du nouveau droit international humanitaire

La Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés s'est tenue à Genève de 1974 à 1977. Au cours de sa quatrième session, en 1977, la Conférence a finalement adopté deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatifs à la protection des victimes des conflits armés: le protocole I relatif aux conflits internationaux et le Protocole II relatif aux conflits non internationaux.

Peu de temps après la conclusion des Conventions de Genève, en 1949, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) avait déjà entrepris de développer ces instruments. De même, le Conseil des Gouverneurs de la Ligue des Sociétés de la Croix-Rouge, dans sa XXIII^e session de mai 1954, à Oslo, avait adopté à l'unanimité une résolution soulignant la nécessité d'une protection juridique effective des populations civiles et demandant que l'élaboration en soit entreprise. Les experts réunis par le CICR préparèrent ensuite le « Projet de Règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre », qui fut publié en juin 1955 par le CICR.

A la vérité, cette œuvre n'a, à l'époque, porté aucun fruit; on en est pourtant venu, peu à peu, à réaliser que le respect et la sauvegarde des droits de l'homme sont un devoir de tous les Etats. La Conférence de Téhéran sur les droits de l'homme de 1968 a, en conséquence, adopté une résolution couronnée de succès sur la protection des droits de l'homme dans les conflits armés.

Les nouveaux traités humanitaires adoptés par la Conférence diplomatique de 1977 revêtent la forme de deux Protocoles relatifs à la protection des victimes de conflits armés, qui sont la manifestation d'une prise de conscience à l'égard des droits de l'homme dans le monde.

Parmi les changements survenus dans la situation mondiale au fil des années, l'apparition des pays du tiers monde représente un développement des plus importants.

II. Guerre civile et droit international ¹

Selon la Charte des Nations Unies, les Etats membres doivent tous, dans leurs rapports internationaux, s'abstenir de recourir à la menace ou à l'usage de la force (article 2, 4^e alinéa). Néanmoins, après la seconde guerre mondiale, plusieurs conflits armés ont éclaté, qu'on peut, en fait, qualifier de guerres.

De nombreux conflits armés, ces dernières années, ont été caractérisés par un mélange de conflits internationaux et non internationaux: on l'a vu, par exemple, en Corée, au Viet Nam, au Congo, au Bangladesh, etc. Jusqu'alors, le droit international n'avait pas une notion précise de ce genre de conflit. D'aucuns affirmaient que le droit de la guerre était applicable aux rapports entre un gouvernement et un mouvement insurrectionnel, au même titre que dans les rapports de plusieurs Etats entre eux. En fait, depuis la guerre de Sécession, aucune insurrection ne s'était vu reconnaître. Pourtant les droits de l'homme sont tout aussi gravement bafoués dans les guerres civiles, parfois même plus gravement encore, que dans une guerre entre Etats.

C'est pourquoi il sied de considérer l'adoption du Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux comme un progrès par rapport au passé.

En outre, l'application de ce Protocole additionnel comporte des particularités qui ne se retrouvent pas habituellement dans des traités.

III. L'article 3 commun aux Conventions de Genève

En ce qui concerne l'applicabilité du droit de la guerre aux conflits armés de caractère non international, la Conférence diplomatique de

¹ Lombardi, A.: *Bürgerkrieg und Völkerrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, pp. 25 et suiv.

Genève, en 1949, a prévu, à l'article 3 commun aux Conventions de Genève, les dispositions minimales suivantes pour la protection en cas de guerre civile: « Article 3. En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes (les principes essentiels d'humanité)... ». On dit de cet article qu'il est une « convention en miniature »; il pose des problèmes particuliers.

Les Parties au conflit, au sens de l'article 3, sont d'un côté le gouvernement d'une Partie contractante et de l'autre l'autorité représentant le parti soulevé contre le gouvernement, c'est-à-dire, l'autorité *de facto*. Les Hautes Parties contractantes, ou plus exactement leurs gouvernements, sont tenues d'appliquer les dispositions des Conventions de Genève, puisqu'elles sont elles-mêmes Parties à ces Conventions (article 1^{er}).

La Convention du 23 mai 1969 sur le droit international contractuel dispose ce qui suit: « Tout traité en vigueur lie les Parties et doit être exécuté par elles de bonne foi » (article 26). Si on rattache l'application des Conventions au principe *pacta sunt servanda*, il faut constater qu'aucun *pactum* n'a été conclu entre les deux parties d'un conflit au sein d'un Etat, car une autorité *de facto* ne peut pas être Partie à la Convention. Quels principes peut-on invoquer à l'appui de l'applicabilité de ces dispositions à une autorité *de facto*, qui conduit la dissidence contre le gouvernement? Selon le 3^e alinéa de l'article 3, on pourrait parfaitement appliquer les dispositions de la Convention, en tout ou en partie, à l'autorité *de facto*, dans l'hypothèse que, en cette capacité, elle aurait conclu un accord spécial avec d'autres parties au conflit. Dans ce cas, il y aurait alors un accord: une sorte de *pactum* aurait été conclu.

Dans les autres cas envisagés à l'article 3, exception faite du troisième alinéa, il n'y a aucun accord de ce genre.

Les recherches sur l'applicabilité de l'article 3 des Conventions de Genève prennent de ce fait un tour nouveau, en ce sens que le Protocole additionnel II, relatif aux conflits non internationaux, n'est rien autre en soi que la réaffirmation et le développement de cet article 3 des Conventions de Genève. Son domaine d'application est défini en ces termes dans le Protocole II:

« Article 1^{er}. 1. Le présent Protocole, qui développe et complète l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 sans modifier ses conditions d'application actuelles, s'applique à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Pro-

tole I qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole. »

IV. Fondement de l'application de l'article 3 ou du Protocole II à une autorité de facto

Lors de la Conférence diplomatique de Genève en 1949, la question a été posée de savoir si une autorité insurrectionnelle est liée par un accord qu'elle n'a pas signé².

Divers points de vue existaient à ce sujet :

1. *La théorie de la succession*

Selon cette théorie, l'autorité insurrectionnelle succède au gouvernement dans la situation juridique de ce dernier, puisque le gouvernement a signé l'accord en qualité de partie contractante et a agi ce faisant comme représentant sur le plan international de l'ensemble de la population relevant de son pouvoir, y compris les membres de l'autorité insurrectionnelle *de facto*. Il convient de rappeler à ce propos la théorie de la « table rase ».

2. *La théorie du droit coutumier*

Selon cette opinion, le contenu de l'article 3 des Conventions de Genève, de même que le Protocole II, seraient déjà devenus du droit coutumier. La convention précitée de 1969 sur le droit international contractuel dispose : « *Article 34* (Règle générale relative aux Etats tiers). Le traité ne crée ni obligations ni droits à l'égard d'un Etat tiers sans le consentement de celui-ci ».

Mais à l'article 38 de la même convention, il est dit : « *Article 38* (Règles d'un traité qui deviennent obligatoires pour les Etats tiers par l'effet des usages internationaux). Rien dans les articles 34 et 37 n'empêche une règle formulée dans un traité de devenir obligatoire pour un Etat tiers en tant que règle de droit coutumier international reconnue comme telle. »

² Jean Pictet : *Commentaire aux Conventions de Genève* (I), CICR, Genève, 1952, pp. 43-48.

Il est vrai que le droit coutumier lie chacun des Etats de la communauté internationale; mais la question reste de savoir si la population de chacun de ces Etats, c'est-à-dire des personnes particulières, se trouve juridiquement liée elle aussi. Autrement dit, peut-on la considérer dans son ensemble comme constituant un sujet de droit international ?

3. *La théorie du droit public*

Si les Conventions de Genève et les Protocoles additionnels revêtaient le caractère d'accords d'exécution, l'article 3 des Conventions de Genève pourraient lier également les personnes particulières; en d'autres termes, l'article 3 serait directement en vigueur sur le territoire de chaque partie au traité³.

4. *La théorie du droit humanitaire transnational*

Certains soutiennent aussi qu'en raison des échanges toujours plus intenses entre humains, un droit humanitaire transnational est apparu au sein de la communauté des hommes en plus du droit international et du droit national. Tout droit humanitaire transnational serait directement applicable aussi aux personnes particulières et aux associations de personnes en temps de paix et pendant les conflits armés.

Selon cette conception, l'article 3 des Conventions de Genève et le Protocole II seraient considérés comme formant un tout avec la Convention du 9 décembre 1948 sur la prévention et la répression du génocide, avec les pactes internationaux des droits de l'homme du 16 décembre 1966, etc.

De telles normes relatives aux droits de l'homme sont certes codifiées maintenant sous la forme de traités internationaux, mais elles sont en réalité l'expression de la conscience universelle de l'humanité contemporaine.

D'après J. Pictet, les normes de ce droit humanitaire ont un caractère absolu, sont un *jus cogens*⁴. Au sein de la Commission de droit inter-

³ Rapport du Secrétaire général de l'ONU: *Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé*, 1970, A/8052, para 158: «... toutefois, même dans ce cas, les gouvernements en cause et, le cas échéant, les autres parties au conflit, ont souvent nié que l'article 3 fût applicable et soutenu que la situation relevait exclusivement de la législation nationale ».

⁴ Jean Pictet: *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Sijthof, Leyden, 1973, p. 18.

national de l'ONU, certains membres défendent le point de vue selon lequel les traités enfreignant les droits de l'homme violent aussi ce *jus cogens*⁵.

Je suis d'accord avec cette théorie.

V. Comment traiter les luttes de libération nationale

L'un des problèmes les plus importants dont s'est occupée la récente Conférence diplomatique sur le nouveau droit humanitaire international concernait le traitement à réserver aux mouvements de libération nationale.

Au cours de la première session, les pays du tiers monde et les Etats socialistes ont affirmé que ces luttes de libération possèdent le statut de conflits internationaux au sens de Protocole additionnel I et de l'article 2 des Conventions de Genève. Dans le premier projet de Protocole I, que le Comité international de la Croix-Rouge avait élaboré, le domaine d'application de ce Protocole I était ainsi défini: « *Article 1^{er}* (Portée du présent Protocole). Le présent Protocole, qui complète les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre, s'applique dans les situations prévues par l'article 2 commun à ces Conventions ».

Dans le texte adopté par la Conférence diplomatique, le paragraphe qui précède a été incorporé au troisième alinéa du nouvel article 1^{er} et le paragraphe suivant a été inséré en tant qu'alinéa 4 du même instrument: « 4. Dans les situations visées au paragraphe précédent sont compris les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies. »

Jusqu'à présente, l'article 2 commun aux Conventions de Genève a été considéré comme une règle concernant les conflits entre Etats. Si l'on voulait regarder aussi les mouvements de libération nationale comme entrant dans le domaine réglementé par l'article 2 commun, il faudrait supposer que la validité de l'article 2 commun ne se limite pas aux conflits entre Etats.

⁵ *Annuaire de la Commission du droit international des Nations Unies*, 1966, Vol. II, pp. 269-271.

Il apparaît dès lors que l'interprétation traditionnellement donnée jusqu'ici est fautive, en ce sens qu'elle considérait les conflits internationaux et les conflits entre Etats comme une seule et même chose.

Lors de la session du Comité d'experts du CICR en 1969, les experts sont convenus qu'une intervention à partir de l'étranger en faveur d'une partie à un conflit armé peut transformer un conflit intérieur en conflit international⁶.

Mais il est concevable que des conflits internationaux ne soient pas en même temps des conflits entre Etats. L'alinéa 1^{er} de l'article 2 ne concerne que le cas d'une guerre ou d'une autre forme de conflit armé qui éclate entre deux ou plusieurs parties contractantes. Dans ce cas aussi, toute partie autre qu'un Etat est exclue, parce que, selon la règle, seuls des Etats peuvent être parties contractantes. Le troisième alinéa *in fine* de l'article 2 pourrait rendre possible l'application de la Convention de Genève à des puissances qui prennent part à un conflit armé et qui ne sont pas des parties contractantes: « Une des puissances en conflit (qui) n'est pas partie à la présente convention » désigne effectivement, en règle générale, un Etat qui ne s'est pas encore joint aux parties contractantes, mais n'exclut pas d'autres autorités participant au conflit qui ne sont pas des Etats. C'est pourquoi on peut considérer le quatrième alinéa de l'article 1^{er} du Protocole I comme un cas d'extension du troisième alinéa de l'article 2 des Conventions de Genève.

La déclaration unilatérale, par laquelle une autorité *de facto* s'engage à appliquer les Conventions (3^e alinéa de l'article 96 du Protocole I), correspond à l'acceptation par une puissance qui n'est pas partie contractante que vise le troisième alinéa de l'article 2 des Conventions de Genève.

La règle susmentionnée est ainsi libellée: « Elles (les Parties contractantes) seront liées en outre par la Convention envers ladite Puissance si celle-ci en accepte et en applique les dispositions ».

VI. Une lacune juridique

Cela dit, une autre question nouvelle se pose: Quelle est celle des règles relatives aux conflits armés qui soit applicable à une autorité

⁶ Rapport du Secrétaire général de l'ONU, *op. cit.*, 1970, A/8052, para 135: « Aux réunions du comité d'experts du Comité international de la Croix-Rouge qui se sont tenues en 1969, il avait été généralement admis qu'une intervention militaire étrangère, aux côtés de l'une ou l'autre partie, pourrait transformer un conflit intérieur en un conflit international qui rendrait applicables les lois et les coutumes de la guerre ».

de facto luttant contre le gouvernement d'une partie contractante, mais qui n'a pas déposé une déclaration par laquelle elle s'engage à appliquer le Protocole additionnel I et les Conventions de Genève, conformément au troisième alinéa de l'article 96 du Protocole I ?

Quatre réponses sont possibles :

- 1) ou bien c'est le Protocole additionnel II,
- 2) ou c'est l'article 3 des Conventions de Genève,
- 3) ou c'est quand même le Protocole additionnel I, à titre provisoire,
- 4) ou il existe d'autres règles applicables.

Je partage le point de vue selon lequel c'est le Protocole II qui serait applicable.

L'article 1^{er} du Protocole additionnel II dispose: « *Article premier* (Champ d'application matériel). 1. Le présent Protocole... s'applique à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I),... »

A mon avis, sont des conflits armés (« conflits armés qui sont couverts par l'article 1^{er} du Protocole I ») les conflits auxquels correspond le quatrième alinéa de l'article 1^{er}, au sens apparent, mais auxquels le Protocole I n'est pas applicable. On devrait certes appliquer l'article 1^{er} du Protocole I à une telle situation, et on la lui appliquera peut-être dans l'avenir, mais pour le moment il ne lui est pas appliqué.

Rappelons que, comme on l'a dit plus haut, le quatrième alinéa de l'article 1^{er} du Protocole I n'est applicable que si une déclaration portant l'engagement de l'appliquer a été déposée au préalable, conformément à l'article 96 alinéa 2.

Dans l'état actuel des choses, les conflits armés se classent comme suit:

- | | |
|--|---|
| 1) Conflit armé entre Parties aux Conventions de Genève et aux Protocoles | Conventions de Genève, art. 2, al. 1.
Protocole I, art. 1, al. 3. |
| 2) Conflit armé entre une partie contractante (Etat) et une partie non contractante (Etat ou autorité de facto, telle que celles qui luttent pour la libération nationale, ayant accepté les Conventions de Genève et/ou les Protocoles) | Conventions de Genève, art. 2, al. 4.
Protocole I, art. 1, al. 4;
art. 96, al. 2. |

- | | |
|---|---|
| 3) Conflit armé entre une partie contractante (Etat) et une partie non contractante (Etat ou autorité <i>de facto</i>) n'ayant pas encore accepté les Conventions de Genève ni/ou les Protocoles | Conventions de Genève, art. 2, al. 4.
Clause Martens.
Protocole II (autorité). |
| 4) Conflit armé entre une partie non contractante et une autre partie non contractante | Conventions de Genève, art. 2, al. 4.
Conventions de Genève, art. 3 (autorité).
Clause Martens.
Protocole II (autorité). |
| 5) Grave conflit armé non international (soulèvement ou insurrection) | Conventions de Genève, art. 3. Protocole II.
Droit public. |
| 6) Autres conflits armés (violences ou troubles, etc.) | Pactes internationaux des droits de l'homme.
Droit public (droit pénal). |

A chaque niveau de ce tableau, la situation indiquée et la règle qui lui est applicable complètent ce qui manque dans la situation mentionnée au niveau précédent.

Il importe en outre de prendre en considération ce qui suit: Les Pactes internationaux des droits de l'homme de 1966, qui sont déjà entrés en vigueur en 1976, doivent assurer la protection des droits de l'homme en tout temps. Il est possible et il faut considérer que les Protocoles additionnels et les Conventions de Genève forment un tout avec les Pactes internationaux des droits de l'homme, car les deux séries d'instruments visent le même but: l'affirmation de l'humanité.

Salus populi suprema lex esto !

Il est à souhaiter, puisque les deux Protocoles additionnels sont entrés en vigueur en décembre 1978, que le plus grand nombre possible d'Etats adhèrent aux Protocoles additionnels et aux Pactes internationaux des droits de l'homme.

Shigeki Miyazaki

Professeur à l'Université Meiji, Japon